

www.rg.mpg.de



Max Planck Institute for European Legal History

research paper series

No. 2013-05

Wim Decock

Das Gewissensrecht in der reformierten Tradition:
Johannes A. Van der Meulen (1635-1702) und sein
Tractatus theologico-juridicus

<http://ssrn.com/abstract=2292664>

Dieser Beitrag steht unter einer
Creative Commons cc-by-nc-nd 3.0



Das Gewissensrecht in der reformierten Tradition: Johannes A. Van der Meulen (1635-1702) und sein *Tractatus theologico-juridicus*

Wim Decock¹

Abstract

„Denjenigen, die sich mit dem geltenden Recht beschäftigen, mag es nicht entgehen, dass dieses Recht manchmal vom Recht Gottes, der Moral und der Vernunft abweicht. Deshalb,“ so teilte Johannes Andreas Van der Meulen vorab seinen Lesern mit, „bin ich immer der Meinung gewesen, dass es keine Energieverschwendung wäre, wenn ich das geltende Recht kurz durchsehen würde, um die fehlbaren Falllösungen der Gottlosen gegen das Licht des unfehlbaren Wort Gottes zu halten.“ Somit war das Programm des reformierten Juristen aus Utrecht unmissverständlich klar: aufgrund reformiert-religiöser Prinzipien, die Rechtsordnung des *forum externum* möglichst gut mit den Gesetzen des *forum internum* in Einklang zu bringen. Dabei war ihm durchaus bewusst, dass er mit seinem Projekt in die Fußstapfen der Spanischen Spätscholastiker trat. Trotzdem betonte er, seine Ausgangsprinzipien seien unterschiedlich: im Gegensatz zu den katholischen Theologen nehme er die Erbsünde ernst und verlasse sich auf die Bibel anstatt auf die mittelalterliche, juristische und theologische Tradition. Diese Behauptung Van der Meulens möchte der Autor zum Anlass nehmen, anhand von Fallbesprechungen im *Tractatus theologico-juridicus*, die Antwort von reformierter Seite auf diese sog. katholische Beichtjurisprudenz, zu untersuchen. Anhand von drei exemplarischen Fällen wird beleuchtet, wie Van der Meulen bei der Abwägung von positivem Gesetzesrecht und göttlichem Gewissensrecht vorgeht. Außerdem steht die Frage im Vordergrund, wie sich Van der Meulen auf das *ius commune* und die Spätscholastik bezieht. Der erste Fall betrifft die Recht-

¹ Nachwuchsgruppenleiter, LOEWE-Schwerpunkt (Außer-)gerichtliche Konfliktlösung, Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main; Gastprofessor, Kanonistische Fakultät, KU Leuven. Eine Vorstudie wurde in Vorträgen im Oberseminar von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. M. Stolleis und auf der Tagung der Althusius-Gesellschaft in Rotterdam präsentiert. Dieser Beitrag wird voraussichtlich in einem von Prof. Dr. R. von Friedeburg und Prof. Dr. M. Schmoeckel herausgegebenen Band anlässlich der letzten Tagung der Althusius-Gesellschaft (*Confessional Paradigms for European Politics and Jurisprudence in the 17th Century?*), die von 15.-18. Mai 2013 in Rotterdam stattgefunden hat, erscheinen. Für die Sprachkorrektur dieses Aufsatzes dankt der Verfasser Frau Jasmin Hauck, Frau Maria Wagner und Herrn David Harbecke.

fertigung von Schuld- und Straftaten durch Gewohnheit. Danach wird der Frage nachgegangen, ob gesetzliche Formvorschriften in Verträgen gemäß dem Gewissensrecht einzuhalten sind. Drittens folgt der Fall der straflosen Tötung eines Geächteten, d.h. eines für vogelfrei Erklärten.

Einführung

1 Ein religiös-juristisch-politisches Programm

„Denjenigen, die sich mit dem geltenden Recht beschäftigen, mag es nicht entgehen, dass dieses Recht manchmal vom Recht Gottes, der Moral und der Vernunft abweicht. Deshalb,“ so teilte Van der Meulen vorab seinen Lesern mit², „bin ich immer der Meinung gewesen, dass es keine Energieverschwendung wäre, wenn ich das geltende Recht kurz durchsehen würde, um die fehlbaren Falllösungen der Gottlosen gegen das Licht des unfehlbaren Wort Gottes – des einzigen Maßstabs und der Norm aller Rechtssysteme – zu halten.“ Somit war das Programm seines Traktats *Forum conscientiae seu jus poli, hoc est tractatus theologico-juridicus* von Anfang an unmissverständlich klar: Van der Meulens Anliegen war es, aufgrund reformiert-religiöser Prinzipien, die Rechtsordnung des *forum externum* möglichst vollständig mit den Gesetzen des *forum internum* in Einklang zu bringen.³ Der letzte Maßstab für das menschliche Verhalten solle das göttliche Recht sein, das *ius poli*.

1.1 Ein Richter aus Utrecht

Der reformierte Jurist Van der Meulen studierte an der Universität Utrecht u.a. römisches Recht bei Joannes Voet (1647-1713) und wurde dort zum *doctor utriusque iuris* promoviert.⁴

² Johannes Andreas Van der Meulen, *Forum conscientiae seu jus poli, hoc est Tractatus theologico-juridicus, in quo jus fori ad normam juris poli revocatur et examinatur, per selectas quaestiones, secundum tria juris praecepta digestas, et in tres partes divisas*, Ultrajecti, 1693, Ad lectorem: ‘Qui juri civili operam dedit, illum fugere non potest, jus illud in quibusdam paucis capitibus a lege Dei, ab honestate, et a ratione deflectere. Affirmat hoc incomparabilis sui temporis J.C. Antonius Matthaeus. Nec puto quempiam frontis adeo perfrictae futurum, ut hoc negare audeat. Non igitur oleum et operam perditurum putavi, si jus civile breviter percurrerem, ac gentilium fallibilia responsa, ad infallibile Dei verbum, omnis juris normam ac basim unicam, revocarem et deciderem.’

³ Somit teilte Van der Meulen seinen Versuch mit anderen Theologen und Juristen der reformierten Tradition; S. u.a. M. Schmoeckel, *Das Gesetz Gottes als Ausgangspunkt christlicher Ethik? Zu calvinistischen Traditionen des 16. Jh.s im Hinblick auf ihre rechtshistorische Relevanz*, in: *Ius commune*, 25 (1998), S. 347–366, J.F. Keenan, *William Perkins (1558-1602) and the Birth of British Casuistry*, in: J.F. Keenan – Th.A. Shannon (Hsg.), *The Context of Casuistry*, Washington DC 1995, S. 105-130, und Ch. Strohm, *Weltanschaulich-konfessionelle Aspekte im Werk reformierter Juristen*, *Rechtsgeschichte, Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, 15 (2009), S. 14-32.

⁴ Eine eigenständige Biografie zu Johannes Andreas Van der Meulen fehlt. Einzelheiten über sein Leben und Werk können der *Digitale Bibliotheek voor Nederlandse Letteren* entnommen werden: <http://www.digitale-bibliotheek.nl/>

Er war Deichgraf von Vianen, einer Herrschaft in der Nähe von Utrecht, und Richter am dortigen Gerichtshof. Die Herrschaft Vianen hatte seit dem 15. Jahrhundert den Herren von Brederode gehört, bis das Geschlecht 1679 ausstarb und die Herrschaft an das deutsche Haus Lippe überging. Van der Meulen hat eine juristische Abhandlung über das Testament von Graf Johan Wolfard von Brederode hinterlassen, in der er die Nachfolge des Grafen zu Lippe verteidigt. Außerdem erörterte er in einem 1684 veröffentlichten Traktat die Statuten und Gewohnheitsrechte der Diozöse Vianen und Ameyden unter Berücksichtigung der Rechtsprechung und unter Angabe der überholten Rechtssätze aus dem *ius commune*. Später wurde Van der Meulen auf das Richteramt am „Hof van Brabant“ zu Den Haag berufen. Er war also gut mit der Rechtspraxis vertraut. Darüber hinaus interessierte er sich als überzeugter Calvinist stark für theologische Fragen. Manchem Theologen warf er vor, sich beim Erforschen des Glaubensmysteriums zu sehr auf die Vernunft zu stützen. In fast pietistischem Sinne glaubte er, die Vernunft solle nicht Maßstab der Religion sein.⁵ Am Rande seines Traktats über das Gewissensforum setzte er sich etwa mit dem zeitgenössischen Theologen Balthasar Bekker (1634-1698) auseinander, der in seinem einflussreichen Werk „De betoverde weereld“ („Die bezauberte Welt“) versucht hatte, die Realität des Teufels auf Erden zu verneinen.⁶

1.2 Die nähere Reformation

Im Gegensatz zu seinem frühauflärerischen Landesgenossen, konnte bei Van der Meulen von einer „Entzauberung der Welt“ (Max Weber) noch nicht die Rede sein. Seine Lebenswelt war in beträchtlicher Weise von der „näheren Reformation“ (Nadere Reformatie), einer holländischen Frömmigkeitsbewegung mit Schwerpunkt in Utrecht, geprägt. Genauso wie die Puritaner, ihr englisches Pendant, strebte diese Bewegung eine sittenstrenge, puritanische Glaubensbelebung an. Begründer der Bewegung war der Utrechter Theologe Gijsbert Voet (1589-1676), Großvater des Juristen Joannes Voet.⁷ Seiner Ansicht nach konnte nur eine

dbnl.org/tekst/aa_001biog15_01/aa_001biog15_01_0053.php#m1359 [Webseite zuletzt am 15. Mai 2013 besucht].

⁵ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 1, quaest. 22, S. 292: ‘Reprehendendi igitur theologi, qui nimis rationi confidunt, omnia Theologiae dogmata ad ratiocinationis trutinam revocantes: animalis enim homo non est capax eorum, quae sunt Spiritus Dei, sunt enim ei stultitia, nec potest ea cognoscere, quia spiritualiter dijudicantur, ut Paulus inquit 1 ad Corinth. cap. 2, v. 14. Ratio itaque religionis norma esse non potest.’

⁶ J.A. Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 1, quaest. 22, S. 293-300. Die Kontroverse um Balthasar Bekker ist Gegenstand der Analyse in A. Cooper Fix, *Fallen Angels: Balthasar Bekker, Spirit Belief and Confessionalism in the Seventeenth Century Dutch Republic*, (International Archives of the History of Ideas, 165), Dordrecht 1999. Die Rolle Bekkers bei der Delegitimierung der Hexenverfolgungen wird besprochen von R. Attfield, *Balthasar Bekker and the Decline of the Witch-Craze: The Old Demonology and the New Philosophy*, *Annals of Science*, 42 (1985), S. 383-395.

⁷ A. Mühling, *Zwischen Puritanismus, Orthodoxie und frühem Pietismus – Gisbert Voetius und die „Nahere Reformatie“*, in: Monatshefte für Evangelische Kirchengeschichte des Rheinlandes, 52 (2003), S. 243-254; W.J. van Asselt – E. Dekker (Hsg.), *De scholastieke Voetius: Een luisteroefening aan de hand van Voetius' Disputationes selectae*, Zoetermeer 1995; A. Goudriaan, *Reformed Orthodoxy and Philosophy, 1625-1750. Gisbertus Voetius, Petrus van Mastricht, and Anthonius Driessen*, (Brill's Series in Church History, 26), Leiden 2006;

„Reinheit reiner als die herkömmliche Reformation“ (*purior quaedam puritas supra communem et receptam reformationem*) gottgefällig sein.⁸ Von diesem Puritanismus war Van der Meulens Geist tief durchdrungen. Im Vorwort seines Traktats spricht er über seine Religion als eine, die reiner ist als alle anderen (*nostra purior religio*). Darüber hinaus widmet er seinen Traktat Wilhelm III. von Oranje-Nassau (1650-1702), dem neuen König Englands, der sich laut Van der Meulen völlig der *purior religio* verschrieben hatte.

1.3 Das Gewissensforum

Tatsächlich erschien Van der Meulens theologisch-juristischer Traktat 1693, gut fünf Jahre nach der „Glorious Revolution“, diesem bedeutenden Ereignis der englischen Geschichte, das auf Van der Meulen offenbar einen großen Eindruck gemacht hatte. Er hatte sich in die Geschichte Englands eingelesen, und meinte sogar, man könne nach Vorbild der Engländer das Gewissensforum das „Gericht der Christenheit“ (*curia christianitatis*) nennen.⁹ Sir Thomas Smith (1513-1577) hatte diesen Begriff bei seiner Erörterung der kirchlichen Gerichtsbarkeit in England verwendet.¹⁰ In einer Abhandlung, die dem eigentlichen Traktat vorausgeht, erläutert Van der Meulen seine Auffassung vom Gewissensforum:¹¹ „Wir, denen es gegönnt wurde, jenes reine und saubere Wasser des ewigen Lebens aus der Quelle selbst zu schöpfen, bezeichnen mit dieser *curia* jenes Gericht, in dem jede Rechtsfrage auf Grundlage der Lehre Christi wie sie in den Heiligen Schriften offenbart wurde, entschieden wird. Vor diesem Gericht wird nichts für rechtmäßig gehalten, wenn es nicht mit den Prinzipien der Lehre Christi übereinstimmt, ja der einzige Entscheidungsmaßstab (*norma decidendi*) in diesem Gericht ist die Lehre Christi. Seine Schüler müssen dieser Lehre folgen, um überhaupt Christen genannt werden zu können.“

A.J. Beck, *Gisbertus Voetius (1589-1676). Sein Theologieverständnis und seine Gotteslehre*, (Forschungen zur Kirchen- und Dogmengeschichte, 92), Göttingen 2007.

⁸ E.G.M. Broeyer, *Gisbertus Voetius, God's Gardener. The pattern of godliness in the Selectae Disputationes*, in: M. Wisse – M. Sarot – W. Otten (eds.), *Scholasticism reformed, Essays in Honour of Willem J. van Asselt*, Leiden-Boston 2010, S. 127-154 (145).

⁹ Van der Meulen, *Forum conscientiae seu jus poli, hoc est tractatus theologico-juridicus*, Diss. prael. de conscientiae et ejus foro, S. 33.

¹⁰ Sir Thomas Smith, *De republica Anglorum: The maner of governement or policie of the Realme of Englande*, London, 1583, book 3, chapter 9 (*Of the court which is called spirituall or ecclesiasticall, and in the bookes of law, court Christian, or 'curia christianitatis'*), online verfügbar unter: <http://www.constitution.org/eng/repang.htm>.

¹¹ Van der Meulen, *Forum conscientiae seu jus poli, hoc est tractatus theologico-juridicus*, Diss. prael. de conscientiae et ejus foro, S. 33: 'Nos, quibus purissimam illam aequam vitae aeternae ex ipsa fonte haurire concessum est, per illam curiam tale forum indigitamus, in quo omnis juris quaestio secundum doctrinam Christianam in Sacris tabulis contentam, deceditur, in quo nil justum existimatur, nisi quod illius doctrinae principiis conveniat, aedoque cujus unica decidendi norma, doctrina Christi est, quam discipuli ejus sequi debent, ut Christiani dici queant (...).'

1.4 Verhältnis zur katholischen Spätscholastik

Dieses „saubere“ Glaubenswasser und die „reine“ Lehre Christi hatten die Katholiken noch nicht getrunken, meinte Van der Meulen. Ihm war völlig bewusst, dass es eine katholische Literatur über Gewissen und Recht gab.¹² Er bezeichnete ihre Autoren als diejenigen, die Traktate „Über Gerechtigkeit und Recht“ geschrieben hatten, und gewöhnlich „Kasuisten“ genannt wurden.¹³ Er wollte auch nicht bestreiten, dass die katholischen Theologen und Juristen wertvolle Erkenntnisse geliefert hatten, aber er glaubte, dass sie nicht von den richtigen Prinzipien ausgegangen waren, weil sie der falschen Religion angehört hatten. Seine Methode, und seine Ausgangspunkte, so Van der Meulen, waren andere.¹⁴ Sein Maßstab war das „reine“ Wort Gottes. Ein wichtiger Ausgangspunkt der Kritik Van der Meulens an seinen katholischen Vorgängern war, neben ihrer Anwendung des Probabilismus, dass sie die Schlechtigkeit der menschlichen Natur nicht ernst genug genommen hatten.¹⁵ Darüber hinaus fehlte bei Van der Meulen der institutionelle Rahmen der katholischen Gewissensrechtswissenschaft, nämlich das Sakrament der Beichte.¹⁶

¹² Dazu M. Turrini, *La coscienza e le leggi, Morale e diritto nei testi per la confessione delle prima età moderna*, (Annali dell'Istituto storico italo-germanico, Monografie, 13), Bologna 1991, P. Prodi, *Eine Geschichte der Gerechtigkeit, Vom Recht Gottes zum modernen Rechtsstaat*, München 2003 [= *Una storia della giustizia, Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna 2000], und M. Meccarelli, *Ein Rechtsformat für die Moderne, Lex und Iurisdictio in der spanischen Spätscholastik*, in: C. Strohm-H. de Wall (eds.), *Konfessionalität und Jurisprudenz in der frühen Neuzeit*, (Historische Forschungen, 89), Berlin 2009, S. 285-311 Weitere Literaturhinweise in W. Decock, *From Law to Paradise. Confessional Catholicism and Legal Scholarship*, Rechtsgeschichte, Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte, 18 (2011), S. 12-34.

¹³ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, Ad lectorem: 'Non me praeterit, hoc etiam ab aliis factitatum, et quidem ab illis doctoribus praecipue, qui de iustitia et iure scripsere, quique vulgo *Casistae* vocantur.'

¹⁴ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, Ad lectorem: 'Attamen idcirco laborem hunc non incassum esse, sed lectori quodammodo etiam conducere posse, satis quoque persuasus sum. Praeterquam enim, quod Ulpiano teste, *addendo et detrahendo jus nostrum efficimus*, alia mihi methodus, alia mihi basis est, quae haec doctrina mea nititur. Verbum Dei purum, sanamque illi innixam rationem ut solam respondendi normam agnosco, cum contra plerique eorum, secundum spuriae religionis principia, quae incerta et falsa sunt, quaestiones hasce deciderint.'

¹⁵ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 1, quaest. 22, S. 278: 'Haec quoque faciet ut nullus vestrum *plurimum votis vel vulgi opinionibus* in iudicando alligatus sit: scientia enim non multitudine iudicandum, nec semper sentiendum cum vulgo, cum nulla pronior ad errorem via sit, quam per vulgi vestigia.' Die Kritik am Probabilismus, vor allem an seinem Gebrauch in den moralischen Traktaten der Jesuiten, ist zur Genüge bekannt. Für eine kritische Betrachtung, cf. J.P. Gay, *Le Jésuite improbable. Remarques sur la mise en place du mythe du Jésuite corrupteur de la morale en France à l'époque moderne*, in: P.-A. Fabre – C. Maire (eds.), *Les Antijésuites: Discours, figures et lieux de l'antijésuitisme à l'époque moderne*, Rennes 2010, S. 305-327.

¹⁶ Über diesen institutionellen Rahmen, der in der post-tridentinischen katholischen Kirche sogar verstärkt wurde, cf. M. Schmoeckel, *Fragen zur Konfession des Rechts im 16. Jahrhundert am Beispiel des Strafrechts*, in: I. Dingel – W.-F. Schäufele (eds.), *Kommunikation und Transfer im Christentum der Frühen Neuzeit*, (Veröffentlichungen des Instituts für Europäische Geschichte Mainz, Beihefte, 74), Mainz 2008, S. 185-187.

1.5 Gliederung des Traktats

Im Gegensatz zu seinen katholischen Vorgängern, gliedert Van der Meulen seinen Traktat über das Gewissensrecht nicht nach Tugenden, sondern nach den drei Grundprinzipien des Rechts, die Ulpian zu Beginn der Digesten erwähnt: *honeste vivere, neminem laedere, ius suum cuique tribuere*. In einer zweiten Abhandlung, die seinem Traktat vorausgeht, setzt sich Van der Meulen explizit mit der Verbindlichkeit des römischen Rechts im Gewissen auseinander. Dort erwähnt er, dass die drei Prinzipien Ulpians die Grundlage jedes von Menschen erlassenen Gesetzes bilden sollen, weil sie dem Naturrecht entsprechen.¹⁷ Im ersten Teil seines *Forum conscientiae* setzte sich Van der Meulen mit 22 Fällen auseinander, die seiner Meinung nach mit dem Prinzip *honeste vivere* verbunden seien, etwa der Frage, ob der Richter seinem Gewissen folgen dürfe;¹⁸ der Frage, ob ein lediger Mann eine Geliebte haben darf; der Frage, ob Monopole mit dem Gewissen vereinbar sind. Im zweiten Teil bespricht Van der Meulen Fragen, die in irgendeiner Weise mit Körperverletzung (*neminem laedere*) zu tun haben, etwa ob Notwehr erlaubt ist, ob Tyrannenmord ohne Sünde begangen werden kann, ob Kinder für das Majestätsverbrechen ihres Vaters gestraft werden dürfen, usw. Im dritten und letzten Teil, das dem Grundsatz *ius suum cuique tribuere* entspricht, erörtert Van der Meulen Fälle wie etwa die „Verkürzung über die Hälfte“ (*laesio enormis*), Wuchergeschäfte, und Erbstreitigkeiten.

Im Folgenden wird anhand von drei exemplarischen Fällen, aus je einem Teil des Traktats *Forum conscientiae*, beleuchtet, wie Van der Meulen bei der Abwägung von positivem Gesetzesrecht und göttlichem Gewissensrecht vorgeht. Außerdem steht auch die Frage im Vordergrund, wie sich Van der Meulen auf das *ius commune* und die Spätscholastik bezieht. Der erste Fall betrifft die Gültigkeit von Gewohnheiten und Rechtsbräuchen als Rechtfertigung von Schuld- und Straftaten. Danach wird der Frage nachgegangen, ob gesetzliche Formvorschriften im Gewissen einzuhalten sind. Drittens folgt der Fall der Tötung eines Geächteten.

2 Fallbesprechungen

2.1 Gewohnheit als Entschuldigungsgrund

2.1.1 Strafloze Wucherverträge?

Die Vermutung liegt nahe, dass sich der religiöse Argwohn Van der Meulens der verderbten menschlichen Natur gegenüber auch in seiner Auffassung von den Rechtsquellen widerspiegelt. Deshalb möchten wir zunächst einige Fälle besprechen, die Van der Meulens Ansicht zur moralischen Gültigkeit von Gewohnheiten und Rechtsbräuchen beleuchten. In der

¹⁷ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, Diss. prael. 2 de legum humanarum nexu in conscientia necnon de tribus juris praeceptis, S. 45-46.

¹⁸ Dieser Fall wird untersucht in W. Decock, *Het geweten van de Raad van Brabant: J.A. Van der Meulen en zijn Tractatus theologico-juridicus* (1693), Pro Memorie, 16 (2013) (in Vorbereitung).

quaestio 20 des ersten Teils seines Traktas, das dem ersten Rechtsprinzip Ulpian gewidmet ist (*honeste vivere*), stellt Van der Meulen die Frage, ob Gewohnheit (*consuetudo*) als Entschuldigungsgrund für Sünden gelten könne. Man könnte sich zum Beispiel fragen, inwieweit Wucherverträge, die an sich unerlaubt sind, durch regelmäßige und weitverbreitete Praxis zu erlaubten Geschäften werden.¹⁹

2.1.2 Die Macht der Gewohnheit

Van der Meulen zitiert die Literatur des *ius commune*, etwa Oldrado da Ponte (gest. 1335), als Autorität für die Meinung, dass Gewohnheit die Parteien eines wucherischen Geschäfts entschuldigt, das heißt von Strafe befreit.²⁰ Van der Meulen bemerkt auch, dass der reformierte Jurist Denis Godefroy (1549-1622) in seiner Neuausgabe des *Corpus Iuris Civilis* die Meinung vertrat, dass man nicht für das, was die Öffentlichkeit für erlaubt hält, haftet. Die Ansicht war also weit verbreitet, dass die Gewohnheit das Gesetz auszuhebeln vermag. Aus einem unerlaubten kann sie einen erlaubten Vertrag machen. Die Gewohnheit ist durchaus als mächtig zu betrachten, so mächtig, dass Van der Meulen sie als einen Tyrannen bezeichnet (*mos tyrannus est*).²¹ Eben deshalb will er der dringenden Frage nachgehen, inwieweit diese Meinung auch im Gewissensforum vertretbar ist.

2.1.3 Der Unterschied zwischen menschlicher und göttlicher Strafe

Die Ansicht Van der Meulens ist zunächst ganz deutlich und klar: auch wenn er nicht abstreiten will, dass die *communis opinio* im äußeren Forum verteidigt wird, schließt er ihre Anwendung im Gewissensforum völlig aus.²² Es gilt streng zwischen den Bereichen der Strafe (*poena*) und der Sünde (*peccatum*) zu trennen. Gewohnheiten mögen vor Strafen im Diesseits

¹⁹ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 1, quaest. 20, S. 248-249: 'Ponamus e.g. contractum usurarium in se illicitum esse, quaeritur | utrum consuetudine licitus fieri queat? Respondet doctores consuetudinem excusare illicitum contractum, eosque qui contrahunt, a poena excusatos esse, ita ut contractus sua natura usurarius, pro licito propter consuetudinem reputetur. (...) Bonum enim argumentum quod sumitur a *solitis*, cum consuetudo legi deroget (...).'

²⁰ Tatsächlich führt Oldrado da Ponte die Gewohnheit als Argument zur Rechtfertigung eines Wuchervertrags an; cf. *Consilia et quaestiones*, Venetiis 1499, cons. 207, [keine Seitenangabe]: 'Corroborat etiam contractum ipsum et ab omni suspicione illiciti reddit alienum ipsius regni imo fere totius mundi consuetudo secundum quam tales contractus contractus continue celbrantur'. Zu Oldrado da Ponte, cf. T. Schmidt, *Die Konsilien des Oldrado da Ponte als Geschichtsquelle*, in I. Baumgärtner (Hg.), *Consilia im späten Mittelalter. Zum historischen Aussagewert einer Quellengattung*, Sigmaringen 1995, S. 53-64, und H. Lange – M. Kriechbaum (Hsg.), *Römisches Recht im Mittelalter*, Band 2: *Die Kommentatoren*, München 2007, S. 602-612.

²¹ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 1, quaest. 20, S. 248: 'Potens est in cunctis consuetudo, usque adeo ut non inconcinne tyrannus appellari queat, secundum vulgare dictum mos tyrannus est. Hanc enim potentiam tam late extendunt doctores ut illam licitum quid facere quod alias illicitum est, statuere non erubescant, l. 17, par. 11, ff. de aedilit. edict.'

²² Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 1, quaest. 20, S. 249: 'Sed haec doctrina, licet inficias ire nequeam, in foro externo, quoad *poenam temporalem* defendi posse, attamen quoad *peccatum* in foro conscientiae

schützen, sie besitzen jedoch nicht die Kraft, vor Sünden zu bewahren. Laut Van der Meulen soll sich das menschliche Verhalten den Gesetzen, und nicht das Gesetz dem verdorbenen menschlichen Verhalten anpassen. Oder, wie er an anderer Stelle anführt, Christus sagte, „ich bin der Weg und die Wahrheit“, er sagte nicht, „ich bin die Gewohnheit“.²³ Zur Bekräftigung dieser fundamentalen Ansicht zitiert er den Italienischen Juristen Tommaso Grammatico (c. 1473-1556), nach dem die Gewohnheit zwar von weltlicher (*temporalis*), aber nicht von göttlicher (*divina*) Strafe befreit.²⁴

2.1.4 Nach göttlichem Recht Unerlaubtes

Diesen deutlichen Standpunkt nimmt Van der Meulen nun zum Anlass, das Verhältnis von weltlichem und göttlichem Gesetz, Strafe und Sünde, *forum externum* und *forum internum* im Hinblick auf die rechtfertigende Kraft der Gewohnheit näher zu untersuchen. Dazu trifft er eine Unterscheidung zwischen dem, was nach göttlichem Recht und *per se* unerlaubt ist, einerseits, und dem was nur nach menschlichem positivem Recht unerlaubt ist, andererseits. Selbstverständlich kann das, was nach göttlichem Recht unerlaubt ist, etwa eine Handlung die gegen den Dekalog verstößt, nie durch Gewohnheit gerechtfertigt werden. Unter Berufung auf das *Decretum Gratiani* (Dist. 8, c.3) meint Van der Meulen, eine dem göttlichen Recht zuwider laufende Gewohnheit soll im Gewissensforum als eine gefährliche Verderbtheit gelten und sofort verworfen werden.²⁵ Ein Beispiel ist die Strafflosigkeit, jedenfalls im *forum externum*, einer Tötung im Kontext eines Ring- oder Faustkampfes. Hier töten sich Kämpfer strafflos, weil es zur festen Gewohnheit geworden ist, dass die *lex Aquilia* auf diesen Fall keine Anwendung findet. Obgleich diese Tötung nach dem Zivilgesetz keiner Strafe ausgesetzt ist, bleibt sie gleichwohl eine Sünde, weil im Gewissensforum die zehn Gebote gelten, nach denen jede Tötung unerlaubt ist.²⁶ Das Böse an sich (*malum per se*) kann nie in das Gute umgewandelt werden.

procedere nequit, sana quippe ratione dictante, longe aequius esse, ut mores hominum ad legis normam corrigantur, quam ut leges perversitate morum corrumpantur vel eludantur.’

²³ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 1, quaest. 20, S. 250: ‘Christus enim dixit *ego* quidem *sum veritas et via*, non dixit *vero ego sum consuetudo*.’ Zur Rezeptionsgeschichte dieses Satzes, cf. A. Gouron, *Non dixit: Ego sum consuetudo*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kan. Abt., 74 (1988), S. 133-140. Vgl. H. Berman, *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge Mass. 1983, S. 112.

²⁴ Thomas Grammaticus, *Decisiones sacri regii consilii neapolitani*, Lugduni 1555, dec. 50, n. 4, S. 201: ‘Consuetudo patriae de non observando iuramento, licet sit prava et irrationabilis, tamen excusat a poena temporalis, non autem a divina.’ Über Grammatico, cf. A. Mazzacane, s.v. ‘Grammatico, Tommaso’, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 58 (2002), [http://www.treccani.it/enciclopedia/tommaso-grammatico_\(Dizionario-Biografico\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/tommaso-grammatico_(Dizionario-Biografico)/); M.N. Miletto, *Stylus iudicandi. Le raccolte di decisiones del Regno di Napoli in età moderna*, Napoli 1998, S. 21-23.

²⁵ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 1, quaest. 20, S. 249: ‘Quod spectat illicita jure divino et per se, uti sunt omnia ea quae repugnant praeceptis decalogi, illa nullo unquam tempore, nulla consuetudine in conscientia licita reddi possunt, cum potius talis consuetudo *corruptela* dicenda, et ut perniciose radicitus evellenda sit c. 3, dist. 8.’

²⁶ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 1, quaest. 20, S. 250: ‘Alia autem ratio obtinet in foro conscientiae quoad peccatum, cum occidendo revera hoc casu coram Deo peccavit, adeo haec consuetudo, si

2.1.5 Nach (rein) positivem Gesetz Unerlaubtes

Was aber meint Van der Meulen zu jenen Fällen, in denen eine Handlung nur infolge eines menschlichen Gesetzes untersagt ist? Besteht hier die Möglichkeit, dass durch Gewohnheit aus dieser Handlung eine moralisch erlaubte Handlung wird? Als Beispiel nennt Van der Meulen ein Jagdverbot. Sollte dieses Verbot durch Gewohnheit aufgehoben worden sein, dann begeht man keine Sünde, wenn man die Jagd ausübt. An sich ist das Jagen nicht verboten, so dass die Jagd erlaubt ist, sobald das Jagdverbot durch allgemeine, alltägliche Nichtbeachtung überholt worden ist. In diesem Fall erkennt Van der Meulen die Kraft der Gewohnheit an, einen rechtlichen und moralischen Anspruch zu kreieren, der das positive Gesetz untergräbt. Die Art dieses Anspruches ist ein „*ius facti*“, ein faktisches Recht, weil es den „*rebus et factis populi*“, den faktischen Handlungen des Volkes entspricht.²⁷

2.1.6 Notarielle Formvorschriften

Es gibt aber durchaus schwierigere Fälle, die Van der Meulen u.a. der Rechtspraxis seiner Zeit entnimmt, insbesondere bezüglich der Bestellung einer Hypothek. Nach strikter Formvorschrift konnte der Sekretär eigentlich nur dann eine Hypothek an einem Land bestellen, wenn entweder der Prätor und zwei Schöffen oder drei Schöffen bei der Bestellung anwesend waren. Weil diese Formvorschrift praktisch nie eingehalten werden konnte, war allmählich der Brauch entstanden, dass der Sekretär dennoch die Hypothek bestellen konnte, indem die Anwesenden mündlich bestätigten, dass sie den abwesenden Schöffen baldmöglichst über die Bestellung informieren würden.²⁸ Daraufhin trug der Sekretär die Hypothek in das Grundbuch ein, erwähnte auch den Namen des Abwesenden, und fügte der Akte sogar dessen Siegel bei. Die Frage war, ob sich der Sekretär damit der Urkundenfälschung schuldig machte. Van der Meulen meinte dazu, der Sekretär sei weder im *forum externum*

uspium vigeret, in conscientia nullo colore excusari posset, utpote repugnans sexto decalogi praecepto omnem omnino privatam caedem vetanti. Quae enim sunt de genere prohibitorum in praeceptis decalogi, moraliter et per se mala sunt, quod autem in se malum est, nunquam potest fieri bonum.’

²⁷ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 1, quaest. 20, S. 250: ‘Venari enim prohibitum tantum quia prohibitum, qua prohibitione cessante, iterum licita venatio, cessare autem intelligitur contraria consuetudine, ubi quotidianus rerum usus docet, multa edicta ideo cessare, quia in desuetudinem abiierunt. Et haec contraria consuetudo rectissime dicitur *jus quoddam moribus institutum* hoc est, rebus et factis populi l. 32, par. 1, ff. de Il., quae idcirco facti esse dicitur, cum factis inducatur.’

²⁸ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 1, quaest. 20, S. 252-253: ‘(...) verbum addam quid dicendum sit de illa nostratium consuetudine, qua secretarius in constituenda hypotheca adsciscere teneatur praetorem et duos scabinos, vel absente praetore tres scabinos, in quorum praesentia hypotheca constituitur, quorumque sigilla hypothecae instrumento appenduntur: cum atque interdum contingat, ut unus eorum seu absens seu impeditus constitutioni, licet vocatus, non intersit, communi consuetudine invaluit ut tamen secretarius, licet non omnes praesentes sint, negotium absolvat cum praesentibus, qui praesentes tunc asserere solent, se collegae absenti, quam primum possunt, tale negotium gestum indicaturos esse, quo fit ut secretarius illa assertionem fretus, hypothecam constitutam in scriptis redigat, ac in conscribendo absentis nomine quoque utatur, ac si adfuisset, obligationique | conscriptae etiam absentis sigillum, quod forte ipsi reliquit ut in tali casu uteretur, appendat (...).’

noch im *forum internum* der Fälschung schuldig. Er begründete seine Meinung damit, dass diese Anwesenheit der Schöffen nur eine nicht-wesentliche Formvorschrift war.²⁹ Wenn mit Sicherheit keine Täuschung im Spiel war, konnte die Beurkundung weder vor Gericht noch im Gewissen zur Strafe oder Sünde führen.

2.2 Gesetzliche Formvorschriften im Vertragsrecht

2.2.1 Zwischen Geist und Buchstabe

Die Frage nach der Verbindlichkeit von gesetzlich vorgeschriebenen Formvorschriften im Gewissen war Gegenstand einer ausführlichen Debatte im dritten Teil des *Tractatus theologico-juridicus*, der nach heutiger Klassifizierung vor allem privatrechtlichen und wirtschaftsethischen Themen gewidmet war, nach Van der Meulens Meinung aber generell die dritte Vorschrift Ulpians betraf (*ius suum cuique tribuere*). In der *quaestio* 24 besprach Van der Meulen die Gültigkeit von von Formmängeln betroffenen Testamenten, eine Problematik, die er in der *quaestio* 26 angesichts von Verträgen, die nicht gemäß den Formvorschriften abgeschlossen waren, weiter verfolgte; Beispiele sind etwa die Schenkung eines wertvollen Grundstücks unter Lebenden, die nach dem Justinianischen Recht eine behördliche Beurkundung (*insinuatio*) erforderte, oder ein Vertragsabschluss ohne Erlaubnis des Ehemannes (*licentia mariti*) bzw. des Vormunds (*auctoritas tutoris*), die angesichts der Geschäftsunfähigkeit der Frau bzw. des Minderjährigen erforderlich war.³⁰ Es leuchtet unmittelbar ein, dass diese Fragestellungen nicht nur von erheblicher Bedeutung in der Praxis waren, sondern sich auch auf Kernstücke der christlichen Lehre bezogen, etwa die berühmte Aussage Paulus im zweiten Korintherbrief, dass der Buchstabe tötet, aber der Geist lebendig macht (2 Kor. 3:6).³¹

²⁹ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 1, quaest. 20, S. 253: 'Quod spectat rem ipsam, nostro casu hypothecae constitutionem, illa vera est, illamque veram esse instrumento secretarius testatur: quod solennitates attinet, scil. talium personarum praesentiam, illae personae cum tantum ad solennitatem extrinsecam requirantur, usu invaluit ut alter pro altero cavere queat belgic. *den anderen vervangen*, adeout ex ipsius negotii natura, et ex qualitate eorum censeantur habere mandatum: nuda enim ipsorum praesentia sola desideratur, praestandae auctoritatis et probationis causa, quae auctoritas sufficienter residet penes collegam praesentem, quaeque probatio per duso quoque sufficiens est, saltem in jure poli, qui duo adsunt.'

³⁰ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 3, quaest. 26, S. 143-144: 'Est gravis, quotidiana et perutilis quaestio, qua quaerunt doctores de contractu vel actu aliquo, qui in foro fori ob defectum solemnitatis pro nullo habetur, an ille in foro poli validus esse queat? Qui status controversiae ut clare ac distincte percipatur, per exemplare ire lubet. E.g. Titius sponte et actue donavit Cajo praedium donatione inter vivos, quam insinuare juxta leges et statuta est oblitus, quaeritur an possit Cajus tuta conscientia praedium illud possidere, vel an potius teneatur illud Titii heredibus restituere, cum talis donatio lege humana sit nulla? Similiter, uxor constante matrimonio inivit contractum absque licentia mariti, eo in loco ubi sine mariti consensu contrahere non poterat, quaeritur an ille contractus | sine consensu mariti factus, cum in foro externo nullus sit, nihilominus in foro conscientiae validus haberi debeat? Pari modo minor absque tutoris auctoritate contraxit, vel praedium sine praesidis decreto ac tutoris consensu alienavit, quaeritur an emptor illud praedium incolumi conscientia retinere possit?'

³¹ Diese Problematik wurde neuerdings von Carlo Ginzburg thematisiert in seinem Artikel *The Letter Kills, On Some Implications of 2 Corinthians 3:6, History and Theory*, 49 (2010), S. 71-89.

Dementsprechend war die Frage nach der Verbindlichkeit von gesetzlich auferlegten Formvorschriften im Gewissen in den kanonistischen und spätscholastischen Quellen schon akribisch aufgearbeitet worden.

2.2.2 Rezeption der Kanonistik und Spätscholastik

Van der Meulen war sich der bestehenden, kanonistischen und spätscholastischen Tradition stets bewusst.³² Wie im Folgenden gezeigt wird, hat er sich für die Lösung der Formvorschriftenproblematik weitgehend von Theologen wie Luis de Molina (1535-1600) und Kanonisten wie Diego de Covarruvias y Leyva (1512-1577) inspirieren lassen. Allein schon die Tatsache, dass er die Fragen nach den Formvorschriften in Testamenten und Verträgen in separaten *quaestiones* erörtert, ist ein Beleg dafür, dass er mit der frühneuzeitlichen, spanischen Diskussion rund um das Thema Formvorschriften vertraut war. Niccolo de' Tedeschi (1386-1445), besser bekannt als Abbas Panormitan, hatte noch versucht, ein allgemeines Prinzip zu etablieren, nach dem sowohl Wahlen und Testamente als auch Verträge trotz Verstößen gegen Verfahrensregeln oder Formvorschriften im Gewissen nicht beachtet werden müssen, solange dem Wahlverfahren oder Rechtsgeschäft ein wahrhafter Konsens zugrunde lag. Den Spätscholastikern allerdings wurde zunehmend klar, dass man die Lösung des Formproblems im Falle von Testamenten so leicht nicht *per analogiam* auf Verträge übertragen konnte. Spätestens mit Jesuiten wie Molina und Leonard Lessius (1554-1623) wurde dann das Formproblem in Verträgen von den Formvorschriften in Testamenten getrennt. Prinzipiell befürworteten Molina und Lessius den Formalismus im Vertragsrecht, auch unter dem Gesichtspunkt des Gewissens, aber sie bestritten die Anwendung eines strengen Formalismus im Testaterbrecht.

2.2.3 Naturrechtliches Konsensprinzip

Der Kanonist Panormitan war der wohl bedeutendste Vertreter der Meinung, dass der Wille des Menschen dermaßen frei ist, dass er sich den positiven Gesetzen entziehen kann.³³ Auch dann, wenn sich das positive Gesetz dagegen wehrt, kann gemäß dem Naturrecht ein gültiger Konsens entstehen, insofern die Willensübereinstimmung nicht von Betrug und Täuschung beeinträchtigt worden ist. Folgerichtig kann ein Vertrag, der nicht nach den rechtlich zwingenden Vorschriften abgeschlossen wurde, dennoch im Gewissen wirksam sein.³⁴

³² Für eine ausführlichere Besprechung dieser Traditionsstränge, cf. W. Decock, *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, (Brill Legal History Library, 9 / Studies in the History of Private Law, 4), Boston – Leiden 2013, S. 329-418.

³³ Decock, *Theologians and Contract Law*, S. 342-344.

³⁴ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 3, quaest. 26, S. 144: 'Nam voluntas nostra tam libera est, ut legibus positivis minime subsit, possumus itaque et invita lege positiva consentire, ac consequenter naturaliter obligari. Quamvis igitur contractus nullus sit ex solennitatis defectu, quantum ad metas juris naturalis tamen, ibi est verus titulus, modo fraus absit et dolus, cui juri naturali ut stetur, talis contractus in foro animae validus erit, juxta doctrinam Panormitani, in c. quia plerique, de immun[itate] Eccles[iae], n. 31.'

Auf die vielfältige Wirkungsgeschichte dieser Auffassung können wir hier nicht eingehen, aber es gilt zu betonen, dass dieses radikale Prinzip umso problematischer wurde, je stärker die Gewalt des heranwachsenden Territorialstaates um sich griff. Somit lässt sich an der Frage nach der moralischen Wirkung von Formvorschriften gewissermaßen die politische Ideengeschichte ablesen. Daher ist es kaum verwunderlich, dass Theologen der Schule von Salamanca, etwa Francisco de Vitoria (1483/1492-1546) und Domingo de Soto (1494-1560), diejenigen sind, die vor dem Hintergrund der zunehmend absolutistisch regierenden spanischen Monarchen, zum ersten Mal die Meinung von Panormitan und anderen Kanonisten des Spätmittelalters besonders heftig angegriffen haben.³⁵

2.2.4 Spanien und Staatsräson

Van der Meulen zitiert nicht ohne Zufall Soto und Covarruvias als Vertreter der Auffassung, dass Formvorschriften auch im Gewissensforum wirksam sind. Zusammenfassend lautet die Argumentation hinter dieser Ansicht, dass die Macht der Zivilgesellschaft, gerechte Gesetze zu erlassen, völlig leer und erfolglos wäre, wenn die Untertanen im Gewissen nicht durch diese Gesetze gebunden wären.³⁶ Unter Berufung auf Justinian müsste man deshalb die natürliche Freiheit als eine bedingte Freiheit auslegen. Die aus ihr resultierende Befähigung nach Belieben zu handeln ist durch die Grenzen des Rechts beschränkt.³⁷ Folgerichtig sind Verträge ohne Beachtung von eventuellen Formvorschriften nicht nur im äußeren sondern auch im inneren Forum nichtig. Van der Meulen zitiert neben Soto und Covarruvias noch Giacomo Menochio (1532-1607) und Pedro de Ledesma (1544-1616) als Vertreter dieser Meinung.³⁸ Sofort danach weist er allerdings auf die nuancierte Lösung des Jesuiten Molina hin. Zwar unterstützte Molina im Prinzip die Meinung von Soto, Ledesma und Covarruvias, nach der gesetzliche Formvorschriften beim Abschluss bestimmter Verträge auch im Gewissen wirksam sind. In einigen Ausnahmefällen milderte er diese Stellung aus Billigkeitsgründen

³⁵ Decock, *Theologians and Contract Law*, S. 366-369; 376-380; 393-398.

³⁶ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 3, quaest. 26, S. 144: 'Pro negativa sententia facit, quod cum respublica civilis, preter jus naturale ac divinum, justas condendi leges potestatem habeat, haec potestas vana et inutilis foret, si subjecti huiusmodi legibus in conscientia non teneantur obedire (....).'

³⁷ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 3, quaest. 26, S. 145: 'Praeterea, quod respublica vel princeps possit naturalem civium voluntatem in suis rebus dispensandis cohibere, ac modum iis praescribere, docet sana ratio, cum hominum libertas consistat in eo, quod cuique facere licet non quod lubet, est enim libertas naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet nisi si quid vi aut jure prohibetur ut ait Imperator in par. 1, Inst. de jur. personar.'

³⁸ Auch wenn Menochio und Ledesma manchmal der Meinung von Covarruvias folgen, erscheinen ihre Standpunkte tatsächlich nuancierter; cf. G. Menochio, *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis commentaria*, Coloniae Agrippinae, 1595, lib. 1, q. 80 (*Praesumptio quando et quomodo in foro conscientiae observari debeat, copiosa et diligens disputatio*), S. 81-86, und P. de Ledesma, *Segunda parte de la Summa*, Salamanca 1605, S. 480-483.

(*aequitas*) ab.³⁹ Wenn etwa nur eine vergleichsweise unbedeutende Formvorschrift nicht beachtet wurde, müsste man den Vertrag im Gewissensform als weiterhin gültig betrachten.⁴⁰

2.2.5 Scholastische Distinktionstechnik

Was nun war die persönliche Meinung des Van der Meulen zu diesem Problem? Angesichts der Meinungsverschiedenheit von solchen gelehrten Männern, so Van der Meulen, habe er Angst vor voreiligen Schlussfolgerungen. Um seine Ratlosigkeit zum Ausdruck zu bringen, benutzt er sogar die Wörter des spanischen Kanonisten Juan Gutierrez (geb. 1535/1540).⁴¹ Dann führt er aber auf ganz scholastische Weise zwei *distinctiones* durch, die eine nuancierte Lösung ermöglichen sollen. Zum einen macht er eine Unterscheidung was den Zweck des Gesetzes (*ratio legis*) betrifft.⁴² Die gesetzliche Formvorschrift kann entweder auf Wahrheit (*veritas*) oder auf Fiktion (*fictio/praesumptio*) beruhen. Wenn die Formvorschrift aus einer gesetzlichen Fiktion bzw. Vermutung der Täuschung hervorgeht, dann kann ein Vertrag, der nicht den Formvorschriften entspricht, im Gewissensforum trotzdem wirksam sein, und zwar unter der Voraussetzung, dass moralische Sicherheit darüber besteht, dass die Willensübereinstimmung ohne Täuschung oder Betrug zustande gekommen ist.⁴³ Sollte dagegen der Gesetzeszweck nicht bloß auf einer *praesumptio*, insbesondere einer Täuschungsvermutung, beruhen, dann ist der Vertrag auch im Gewissen nichtig, weil ein gerechtes Gesetz im Grunde genommen universell gültig ist, wie Van der Meulen in Anlehnung an Covarruvias bemerkt.⁴⁴ Die zweite Unterscheidung die Van der Meulen trifft, bezieht sich exklusiv auf diejenigen Gesetze, deren Zweck nicht auf Vermutung sondern auf Wahrheit beruht. Von diesen Gesetzen, die universell Geltung haben, schreiben einige Formschriften unter An-

³⁹ Decock, *Theologians and Contract Law*, S. 400-403.

⁴⁰ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 3, quaest. 26, S. 145-146.

⁴¹ J. Gutierrez, *Canonicae quaestiones utriusque fori, tam exterioris quam interioris animae*, Francoforti 1607, lib. 2, cap. 25 (De conditione illa adiecta legato, si non nupserit, an sit reiicienda in foro animae, ita ut nuptiis sequutis, legatum peti aut retineri secure possit?), n. 12-13, S. 471-472: 'Quid tenendum? Ego profecto erubesco et summe contremisco in re adeo difficili ac inter hos viros gravissimos, quorum discipulus esse vix mereor, iudicium | meum interponere. Nihilominus tamen, cum mei muneris sit, quid sentiam in difficultatibus insinuare, id ita libenter, sicut reverenter faciam.' Bio-bibliografische Angaben zu Gutierrez können dem folgenden Aufsatz entnommen werden: J. García Sanchez, *Juan Gutierrez, Jurisconsulto español del siglo XVI, intérprete del Derecho romano en materia financiera*, Ius commune, 14 (1987), S. 57-99.

⁴² Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 3, quaest. 26, S. 146: 'Ut itaque rem paucis exponam, distinguendum videtur primo, quod lex, quae in contractu certam sollemnitatem requirit, aut fundatur et principaliter condita est ob solam rationem, et non ob solam praesumptionem, aut contra. Vel ut clarius loquamur, aut legis ratio consistit in veritate, aut in praesumptione vel fictione.'

⁴³ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 3, quaest. 26, S. 147: 'Si vero lex super sola praesumptione vel fictione fundatur, et praesumit ob defectum legitimae probationis, non obligat in conscientia illos, qui de veritate in contrarium certi sunt.'

⁴⁴ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 3, quaest. 26, S. 146-147: 'Et hoc est quod Covarruvias inquit, loco dicto n. 12, lex justa nec a praesumptione fraudis praecipuam et ultimam ac finalem rationem in universum habens, quemadmodum in exteriori iudicio servanda est, etiamsi constet nullam subesse in actu contractus vel testamenti fraudem, ita etiam in interiori animae iudicio.'

drohung automatischer Nichtigkeit (*nullitas ipso iure*) vor, während andere lediglich Strafen auferlegen.⁴⁵ Im ersten Fall ist der Vertrag nichtig.⁴⁶ Das bedeutet, dass automatisch Restitution der Leistungen stattfinden muss. Im letzten Fall dagegen bleibt der Vertrag im Prinzip wirksam, es sei denn, er wird später durch ein Richterurteil im äußeren Forum für nichtig erklärt.⁴⁷

2.2.6 Formlose Schenkungen und Verträge mit Minderjährigen

Mit Hilfe dieser nuancierten *distinctiones*, die eigentlich auf Unterscheidungen in den spätscholastischen Quellen zurückzuführen sind, löst Van der Meulen nun die am Anfang erwähnten Fälle. Zuerst bespricht er die formlose Schenkung des Landstücks. Die Formvorschrift beruht hier zwar nicht bloß auf Vermutungen von Täuschung und Zwang, da der Gesetzgeber auch verhindern will, dass die Untertanen ihre Güter zu leicht vergeuden, aber sie ist laut Van der Meulen nicht unter Androhung automatischer Nichtigkeit vorgeschrieben worden. Auch wenn die *insinuatio* nicht respektiert worden ist, kann der Empfänger den Besitz des Grundstücks also guten Gewissens genießen (*possidere*) bis die Schenkung von einem Richter im *forum externum* für nichtig erklärt worden ist.⁴⁸ Ähnliches gilt für den Fall der Veräußerung ohne Erlaubnis des Richters oder des Vormunds im Falle eines Minderjährigen. Wenn der Vertragspartner den Minderjährigen mit Sicherheit nicht getäuscht hat, bedarf es eines richterlichen Urteils im *forum externum* bis die Restitution stattfinden muss. Solange kann die andere Partei ohne Gewissensbisse die Folgen des Vertrages genießen.⁴⁹ Ob der Vertrag aufgrund der Verletzung des Minderjährigen rückgängig gemacht werden soll, ist dem Urteil des Richters überlassen, weil nur er beurteilen darf, ob der Minderjährige durch den durch Formmangel gekennzeichneten Vertrag geschädigt oder bereichert worden ist. Überhaupt ist der Vertrag nur im Fall der Verletzung der Rechte des Minderjährigen ohne Genehmigung des Richters der Nichtigkeitserklärung ausgesetzt.⁵⁰ Wenn keine Täuschung

⁴⁵ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 3, quaest. 26, S. 147: 'Secundo, aut lex cujus ratio in veritate consistit, seu quae per rationem praecipue condita est, resistit et prohibet omnino actum fieri, annullando ipso jure, aut non.'

⁴⁶ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 3, quaest. 26, S. 147: 'Primo casu ex tali prohibito contractu non potest quis in utroque foro retinere bona acquisita, sed ea restituere tenetur.'

⁴⁷ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 3, quaest. 26, S. 147: 'Secundo vero casu, quando non prohibet in totum, uti facti cum aliqua poena contenta est, vel cum certa sollemnitate quid permittit, eo in casu nemo tenetur ad restitutionem, nisi postquam in iudicium vocatus et condemnatus fuerit.'

⁴⁸ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 3, quaest. 26, S. 147: 'Ut itaque ad primam respondeamus, statuimus Cajum praedium illud ex tali donatione in foro exteriori ob sollemnitatis defectum invalida, incolumi conscientiae possidere, donec ad restituendum condemnatur, quia in hoc casu requisita donationem illam ante sententiam in foro conscientiae annullantia non adsunt.'

⁴⁹ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 3, quaest. 26, S. 150: '(...) dicendum est contractum (...) in foro conscientiae subsistere, adeo ut contrahens vel emptor incolumi conscientia de eo contractu vel alienatione praedii gaudere possint, quamdiu iudicis sententia ad dissolvandum contractum vel restituendum praedium non condemnatur.'

⁵⁰ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 3, quaest. 26, S. 148: 'Ipso jure igitur praedii venditio vel contractus a minore celebratus non annullatur, sed tantum in casu quando sine debita sollemnitate vendita et

vorliegt, kann er guten Gewissens den Besitz der vertraglich erworbenen Sache genießen bis der Richter ihn zur Restitution verurteilt.⁵¹

2.2.7 „Gender“ und die theologischen Einflüsse auf das Recht

Die soeben erwähnte Argumentation gilt eben nicht im Fall des Vertragsabschlusses ohne Genehmigung des Ehemannes. Zum Heil seiner Seele muss der Vertragspartner sofort Restitution leisten, weil der Vertrag in beiden Foren automatisch unwirksam wird.⁵² Einer Ehefrau ist es definitiv untersagt, ohne Erlaubnis ihres Mannes einen Vertrag abzuschließen. Die *ratio legis* dieser Formvorschrift beruht an erster Stelle auf der Tatsache, dass eine Frau geschäftsunfähig ist. Nach Van der Meulen rührt diese Geschäftsunfähigkeit aus universellen Gründen her, und zwar der Schwachheit des weiblich Geschlechts, dem Anspruch des Ehemanns auf die Ehrfurcht seiner Frau, und dem Schutz des Mannes.⁵³ Diese Sichtweise begründet Van der Meulen unter Berufung auf eine explizit biblische Anthropologie der Frau, die er dem reformierten Theologen Frans Burmann aus Utrecht (1628-1679) entnimmt. Burmann warf der Frau vor, wenigstens teilweise schuld am Sündenfall gewesen zu sein, weil sie sich in Abwesenheit ihres Mannes so leicht und lange mit der Schlange unterhalten habe, während sie doch ohne ihren Mann nichts Wichtiges unternehmen solle.⁵⁴ An diesem Beispiel lässt sich schon merken, dass nicht nur die Vorstellungen vom positiven Recht, sondern auch von Moral und Gewissen manchmal den wechselhaften Turbulenzen des Zeitgeists ausgesetzt sind. Dies ist sicherlich auch bei der folgenden Besprechung der Fall.

minoris conditio deterior facta est, quod an ita sit, iudex judicabit.’

⁵¹ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 3, quaest. 26, S. 150: ‘Lex enim in praesumpta minoris laesione quoad contractum sine consensu curatoris initum, et in praesumpta fraude quoad venditionem praedii sine interpositione decreti factam, fundata, conscientiam eorum non obligabit, qui de contraria certi sunt. Aliter dicendum si minorem revera laesum et fraudem interventam esse conscius essem, tunc enim et ante condemnationem ad restitutionem obligatus forem propter malam fidem et injustum titulum.’

⁵² Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 3, quaest. 26, S. 148: ‘Talem enim contractum aequae in foro interno ac externo nullum esse pronunciamus, quia requisita eum annullantia concurrunt.’

⁵³ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 3, quaest. 26, S. 148: ‘Nam primo, illa lex prohibitiva non a praesumptione fraudis praecipuam ac finalem rationem habet, sed ejus ratio in rei veritate et quidem universalis consistit, scil. in mulierum imbecillitate, earumque reverentia erga maritos, cum sui juris mulier non sit, et in maritorum favore, ne ipsis insciis praejudicium inferretur ab uxoribus, neve uxoribus maritis suis nocendi via aperiatur.’

⁵⁴ F. Burmann, *Theologiae Synopsis*, Ultrajecti 1672, lib. 2, cap. 6, n. 8, S. 417: ‘Astus quoque in Satana fuit, quod hominem, prout videtur, adhuc tenerum et mollem, et a manu plastis sui adhuc novum, in primo felicitatis suae limine adortus sit; antequam longiori usu confirmatior rectitudinem suam melius tueri nosset. Similiter quod non in viro, sed in muliere, primum fraudis suae periculum fecerit, absente ejus viro. Quae prima quoque foeminae culpa fuit, quod tantis de rebus cum serpente colloqui, ejusque sermones contra praeceptum Dei tendentes audire sustinuerit, idque absente etiam marito, sine quo tamen nihil magni agere debuerat; nec illico suadam illam ac vipereos sibilos cum indignatione rejecerit; instar castae virginis, quae ne verbis quidem atque adultero sermone florem suum pollui patitur, sed primas verborum blanditias, instar veneficii alicuius, refugit atque exhorret.’ Über Frans Burmann, cf. G.P. van Itterzon, s.v. ‘Burmann(us), Frans’, in *Biografisch Lexicon voor de Geschiedenis van het Nederlands Protestantisme*: Deel 2, 1983, S. 111-113.

2.3 Das Gewissen und der Mord an einem Geächteten (*bannitus*)

2.3.1 Strafloße Tötung nach dem menschlichen Gesetz

Die dritte und letzte Fallbesprechung ist dem zweiten Teil des *Tractatus theologico-juridicus* entnommen, der laut dem zweiten Prinzip des Ulpian, *neminem laedere*, rechtliche Fragen bezüglich Schädigungen des „Körpers“ (*corpus*) bespricht. Aus heutiger Sicht werden in diesem Abschnitt Fragen auf der Schnittstelle von Straf- und Deliktsrecht erörtert, wobei auch stets politische Überlegungen in den Vordergrund treten. Ein Musterbeispiel liefert die *quaestio* 10. Sie wirft an erster Stelle die Frage auf, inwieweit ein Angriff auf das Leben eines für vogelfrei Erklärten (*bannitus*), der gemäß dem positiven Gesetz und aufgrund fürstlicher Genehmigung straflos verletzt werden kann, im Gewissensforum erlaubt ist. Dazu kommt ein weiteres zu erörterndes Thema, nämlich ob es der Sohn eines Verbannten ohne Sünde vermag, seinen Vater zu töten.⁵⁵ Somit greift Johannes Van der Meulen einen Themenkreis auf, der sowohl in der spätmittelalterlichen und frühneuzeitlichen Legistik als auch in der Spätscholastik ausführlich diskutiert worden war. Van der Meulen setzt sich u.a. mit den Ansichten des spanischen Juristen Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569) auseinander, der in seinen *Controversiae illustres* an einigen Stellen kurz auf die rechtliche Lage des Geächteten eingegangen war.⁵⁶

2.3.2 Bedeutung der „Vogelfreiheit“

Bevor auf die Diskussion bei Van der Meulen eingegangen wird, bedarf es einer Erklärung zur Eigenschaft der Vogelfreiheit, die sich auf die Institutionen der Acht und Verbannung bezog. Vogelfrei war derjenige, der völlig frei und ungebunden war, und dementsprechend nicht den Schutz eines Herren genoss.⁵⁷ Mit der Vogelfreiheit ging ein Zustand der Rechts- und Friedlosigkeit einher, der im Mittelalter und in der Frühen Neuzeit wenig beneidenswert war. Daher soll es auch nicht wundern, dass die Bauern zu Beginn des 16. Jahrhunderts zwar einen Zustand der Freiheit, aber nicht der Vogelfreiheit anstrebten. In einer Welt ohne Obrigkeit, das heißt ohne Herren und ihren Schutz, wollten die Bauern nicht leben.⁵⁸ Die Person des Geächteten konnte ja von jedermann, der Kenntnis vom Achtspruch hatte, zur Rechenschaft gezogen und damit auch getötet werden.⁵⁹ Nach Johannes Van der Meulen

⁵⁵ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 2, quaest. 10, S. 37: ‘Bannitum offendens impune secundum formam statuti vel permissione principis, an peccet in foro conscientiae? Item an in eo foro liceat filio bannitum patrem occidere ex l. 35, ff. de religios[is] et sumpt[ibus] fun[erum] [=D. 11,7,35]? Et an eo in casu bannito se defendere liceat cum nece offendentis?’

⁵⁶ Für biografische Notizen über Vázquez und eine Besprechung seiner politischen Lehre, cf. G.P. van Nifflerik, *Vorst tussen volk en wet, Over volkssoevereiniteit en rechtsstatelijkheid in het werk van Fernando Vázquez de Menchaca (1512-1569)*, Rotterdam 1999.

⁵⁷ R. Schmidt-Wiegand, ‘Vogelfrei’, HRG, Bd. 5, 1998, Sp. 930-932.

⁵⁸ B. Kannowski, ‘Freiheit’, HRG², Bd. 1, 2008, Sp. 1745-1758 (1753).

⁵⁹ F. Battenberg, ‘Acht’, HRG², Bd. 1, 2008, Sp. 59-65 (60). Vgl. H.-G. Germann, ‘Friedlosigkeit’, HRG², Bd. 1, 2008, Sp. 1826-1827.

sind Geächtete (*banniti*) Personen, die nach öffentlicher Verurteilung wegen einer schweren Straftat freiwillig ausgewandert sind, oft zur Strafvermeidung, und „vogelvry verklaart zijn“, so dass derjenige, der den Geächteten tötet, nicht nur keiner Strafe ausgesetzt ist, sondern sogar eine Belohnung erhält.⁶⁰

2.3.3 Der Geächtete als Feind der Gemeinschaft

Die Frage lautet nun, ob diese nach dem positiven Gesetz rechtmäßige Verfolgung des Geächteten auch mit dem Gewissensrecht im Einklang steht. Unter der Voraussetzung, dass der Bann nach Feststellung eines wahrhaften Verbrechens (*ex criminis veritate*) und nicht aufgrund bloßer Unbeugsamkeit verhängt wurde, meint Van der Meulen, dass der Fürst die Tötung des flüchtigen Geächteten ohne Gewissensangst genehmigen kann.⁶¹ Dabei stützt er sich auf die Autorität italienischer Juristen des *ius commune* wie Aimone Cravetta (1504-1569). Unter Berufung auf das biblische Beispiel Davids, der nach den Psalmen angeblich alle Sünder ermordet hatte, schrieb Cravetta in einem *consilium* für den Herzog von Ferrara, dass der Fürst die Tötung eines Geächteten auch im Gewissensforum erlauben könne.⁶² Dementsprechend sind die vom Fürsten erlassene Verordnung und Genehmigung zunächst einmal unproblematisch. Darüber hinaus meint Van der Meulen, dass auch Privatbürger unter der doppelten Bedingung eines wahrhaft begangenen, schweren Verbrechens und der vom Fürsten erlassenen Tötungsgenehmigung, ohne Gewissensbisse den Geächteten töten können.⁶³ Unter Berufung auf Abbas Panormitan bestätigt er, dass der für vogelfrei Erklärte wegen der Ernsthaftigkeit seines Verbrechens bzw. des von ihm begangenen Mordes als Feind der

⁶⁰ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 2, quaest. 10, S. 38: ‘... sciendum est, per bannitos nos intellegere proscriptos, qui publice ob aliquod crimen damnati sunt quod forte ad evitandas poenas sponte migrarunt, adeoque quibus exilium non supplicii sed supplicii profugium ac portus est, quique nostro idiomate Belgico dicuntur vogelvry verklaart te zijn / uti hoc saepissime accidit, etiam praemium constituendo illi qui talem damnatum occiderit.’

⁶¹ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 2, quaest. 10, S. 38: ‘Quod et licite absque peccato a Principe fieri posse, modo quis ex criminis veritate non vero per solam contumaciam bannitus sit, defendimus cum Cravetta, vol. 2, consil. 409. Alexand. lib. 1, consil. 114, et l. 3, cons. 65. multisque aliis doctores tale statutum vel Principis mandatum validum et iustum esse pronunciantibus.’

⁶² A. Cravetta, *Consilia sive responsa*, Francofurti 1589, part. 3, consil. 409, num. 1 et 7, S. 229-230: ‘Quaeritur, an principes permittere possit bannitum ex causa homicidii occidi, etiam constituendo praemium occidenti. Pro parte affirmativa facit, nam princeps scelerum vindex omnibus nervis intendere illud debet, ut a malis supplicium sumat et purget provinciam viris istis capitalibus et cruentis (...) et aemulari principes oportet iudicia David regis et prophetae, qui omnes peccatores terrae in matutino tempestiviter interficiebat, ut disperderet de civitate domini omnes operantes iniquitatem, Psal. 100 in fi. et Numeri c. 14, consumam eso subito, rursus Psal. 103. (...) Valeat constitutio, aut mandatum principis concedens facultatem bannitos impune offendendi et occidendi etiam in foro conscientiae, dummodo bannitus quis sit ex veritate criminis non per solam contumaciam.’ Cf. A. Lupano, *Aimone Cravetta (1504-1569) giurista del diritto comune*, (Miscellanea di storia italiana, Serie 5: Studi e fonti per la storia dell’Università di Torino, 16), Torino 2008.

⁶³ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 2, quaest. 10, S. 38: ‘Quibus praemissis, existimo, cuilibet privato talem bannitum salva conscientia absque peccato occidere licere, quia est hostis civitatis uti inquit Panorm. in c. ult. Extra de consuet. n. 4.’

Gemeinschaft (*hostis civitatis*) zu betrachten sei, und deshalb straflos und ohne Begehung einer Sünde von den Bürgern getötet werden könne.

2.3.4 Verbot der Privatjustiz

Wenn allerdings die Voraussetzung eines wahrhaft vorliegenden Verbrechens nicht erfüllt ist, und also die Genehmigung zum Töten willkürlich und ungerecht ist, untersagt Van der Meulen die Tötung des vermeintlichen Mörders. Im Gegensatz zu Vázquez ist Van der Meulen der Auffassung, dass es eines gerechten Grundes (*justa causa*) bedarf, damit man straflos und ohne Sünde einen Geächteten verletzen dürfe.⁶⁴ Vázquez hatte laut Van der Meulen gemeint, man könne sich im Interesse der Gemeinschaft diesen Vorbehalt nicht leisten, da es dem Privatbürger nicht offenstehen solle, die Gerechtigkeit der fürstlichen Genehmigung zu beurteilen.⁶⁵ Tatsächlich war auch Van der Meulen die Gefahr einer Rückkehr zur Privatjustiz durchaus bewusst. Ebendies war der Grund, warum er noch eine zusätzliche Bedingung an die straflose Tötung eines vogelfrei Erklärten stellte: Die Rache soll erst nach Kenntnis der fürstlichen Genehmigung ausgeübt werden, um zu gewährleisten dass der Tötende nicht aus privaten sondern aus öffentlichen Gründen handle. Wenn der Rächer „wie ein hungriger Hund, der Menschenblut riecht,“ bloß von der Lust am Blutvergießen bewegt sei, oder von dem Ehrgeiz, die vom Fürsten in Aussicht gestellten Belohnungen zu bekommen, dann handle er nicht im Interesse des Gemeinwohls.⁶⁶ Dementsprechend verstoße sein Anschlag auf das Leben des Geächteten sowohl gegen das Strafgesetz als auch gegen das Gewissen.

2.3.5 Nur Tötung im öffentlichen Interesse ist keine Sünde

Van der Meulen betont, dass die allgemeine Tötungsgenehmigung des Geächteten im öffentlichen Interesse geschehen solle.⁶⁷ Die Gemeinschaft muss den wegen Mordes Verurteilten, für vogelfrei Erklärten deshalb töten, weil Gott andernfalls die ganze Gemeinschaft mit einer

⁶⁴ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 2, quaest. 10, S. 39: ‘Quod autem hanc nostram doctrinam limitamus, dicendo eam procedere quando ex justa causa bannitus quis fuerit, illam limitationem oppugnat Vázquez (...).’

⁶⁵ Es ist nicht sicher, ob Vázquez tatsächlich diese Meinung vertreten hat. Jedenfalls stimmt die von Van der Meulen zitierte Stelle nicht mit der hier verwendeten Version der *Controversiae illustres* überein.

⁶⁶ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 2, quaest. 10, S. 39-40: ‘Si enim ipsi non constat bannitum vere morte dignum, adeoque ex justa causa ejus homicidium cuilibet permissum esse, quid quaeso ipsum impellet ad illum occidendum? Nihil sane, nisi fortasse livor, vel delectatio effundendi sanguinem humanum, vel spes | praemii constituti, cui inhians ut avidus carnifex proximum suum interficiet, instar canis famelici sanguinem humanum esurientis, ut ita se sanguine satiet quem spe lucri sitiit.’ Vgl. Cravetta, *Consilia sive responsa*, part. 3, consil. 409, num. 3, S. 229: ‘Itaque ut sunt avidi viri isti carnifices, ut proximum interficiant instar canis famelici sanguinem humanum esurientes. Ita cupidum esse principem oportet in supplicia eorum (...).’

⁶⁷ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 2, quaest. 10, S. 38: ‘Princeps enim cuivis homicidium bannit permittere non potest, nisi homicidii reus sit, tales autem e medio tollere reipublicae conducit, cui vel ideo interest illorum delicta haud impunita manere, ne scilicet Deus puniat, si malum e medio auferre negligerent.’

Kollektivstrafe zu belegen drohe (*ne Deus puniat*), weil die Bürger sich nicht darum bemüht haben, das Übel aus ihrer Mitte zu vertreiben. Im Interesse der Gemeinschaftsmitglieder sollen Verbrechen also überhaupt nicht ungestraft bleiben (*interest delicta haud impunita manere*).⁶⁸ Für Van der Meulen steht ganz klar fest, dass die Tötung des Geächteten dem Gemeinnutzen (*utilitas publica*) dient. Sie ist eine öffentliche Strafe, die nicht nur keine Sünde ist, sondern auch dem sechsten Gebot des Dekalogs entspricht, wie Van der Meulen unter Verweis auf Wilhelm Zeppers (1550-1607) *Legum mosaicarum explanatio* hervorhebt, weil nämlich der Tötende als Diener und Vollstrecker der Gemeinschaft auftritt.⁶⁹ Die fürstliche Genehmigung oder die Verordnung der Gemeinschaft sind das Strafurteil, dessen Vollstreckung rechtmäßig und gewissenhaft vom Privatbürger vollzogen werden kann.⁷⁰ Dabei verneint Van der Meulen den Anspruch des Geächteten auf einen ordentlichen Strafprozess, weil eben vorausgesetzt wird, dass sein Verbrechen unzweifelhaft feststeht. Im Gewissensforum sind die Regeln des Strafverfahrens ohnehin nicht relevant, wenn es darum geht einen offenkundigen Mörder zu bestrafen, wie Van der Meulen mit Cravetta betont.⁷¹

⁶⁸ Über die Entwicklung dieses berühmten Rechtsspruchs, cf. P. Landau, 'Ne crimina maneat impunita'. Zur Entstehung des öffentlichen Strafanspruchs in der Rechtswissenschaft des 12. Jahrhunderts, in: M. Schmoeckel – F. Roumy – O. Condorelli (Hsg.), Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur, Bd. 3: Straf- und Strafprozessrecht, Köln-Weimar-Wien 2012, S. 23-36, und einzelne Hinweise bei C.-F. Stuckenberg, *Untersuchungen zur Unschuldvermutung*, Bonn 1997, S. 25, n. 95. Vgl. H. Maihold, *Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der Spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre*, Köln-Weimar-Wien 2005, S. 229.

⁶⁹ W. Zepper, *Legum Mosaicarum forensium explanatio*, Herbornae Nassoviorum, 1604, lib. 4, cap. 14, S. 397-398: 'Interim ex his legibus hoc liquet, non omne homicidium peccatum aut verbo Dei damna-tum esse. (...) Excipitur deinde magistratus, gladium a Deo datum insontes stringens. Item milites, in bellis legiti-mis hostes prosternentes. Postremo, qui vim vi repellit, cum moderatione tamen inculpatae tutelae, hoc est, si vitam tueri aliter non potuerit, et non ad sumendam vindictam, sed injuriam propulsandam arma sumpserit. Talis enim eo casu et a legibus et a magistratu armatur.' Über die Hebräische Gemeinschaft als politisches Modell in der Frühen Neuzeit und die sgn. mosaische Gesetzgebung, cf. L. Campos Boralevi – D. Quaglioni, *Politeia biblica*, Firenze 2003, L. Campos Boralevi, *Mosè legislatore*, Il Pensiero Politico, 40, (2008), S. 268-282; R. Ross, *Distinguishing Eternal from Transient Law: Natural Law and the Judicial Laws of Moses*, Past & Present, 217 (2012), S. 79-115. Weitere Untersuchungen zu diesem Thema werden momen-tan von Lic. Markus Totzeck (Lehrstuhl Prof. C. Strohm, Heidelberg) durchgeführt.

⁷⁰ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 2, quaest. 10, S. 39: 'Mandatum principis vel civitatis decretum ipsi sententia est, cuius executio cuivis concedi et a quovis absque peccato peragi potest. Quinimo licet quidem proprie sententia dici non possit, quod forte secundum ordinem iudiciorum lata non sit, nil ta-men obstat, si modo vere appareat bannitum homicidii reum esse, adeo ut a dolo excusari nequeat, frustra enim in conscientia tractatur de ordine iudiciali, in coercendo tanti criminis immanitatem Cravett, vol. 2, consil. 409, n. 11.'

⁷¹ Cravetta, *Consilia sive responsa*, part. 3, consil. 409, num. 11, S. 231: 'Ex alio etiam talis constitutio principis mandans bannitum impune occidi, dicitur tuta in foro conscientiae, quando habitum est bannum ex veritate criminis morte omnino digni, quia in foro conscientiae attenditur sola veritas. (...) Itaque si vere apparet, quod bannitus homicidii reus sit, a cuius dolo excusari non possit, frustra in conscientiae tracta-mus de ordine iudiciali in coercendo tanti criminis immanitatem.'

2.3.6 Bann und Vaternord

Abgesehen vom allgemeinen moralisch-juristischen Problem der Tötung eines für vogelfrei Erklärten, bleibt die Frage nach dem besonderen Fall in dem der Geächtete durch seinen Sohn bedroht ist. Wäre es nicht grauenhaft und gewissenlos, wenn der Sohn seinen für vogelfrei erklärten Vater im Namen des Gemeinwohls umbringen würde? Was verstößt mehr gegen die Natur, um die Wörter Van der Meulens zu benutzen, als „die Vergessenheit des eigenen Ursprungs“, als „die Kriegserklärung seinem Schöpfer gegenüber“, als „die Umwandlung einer Wohltat in den Mord an dem Wohltäter“?⁷² Stehen wir hier nicht vor einem unüberbrückbaren Zwiespalt von positivem Gesetz und dem Gesetz des Gewissens? Einerseits könnte man sagen, so Van der Meulen, dass die Gesetze durch eine Fiktion annehmen, dass ein Vater, der sein Vaterland mit der Absicht, es zu vernichten betritt, die Person des Vaters abgelegt hat, sich automatisch der *paterna pietas* unwürdig gemacht hat, und deswegen von seinem Sohn als Feind (*hostis*) und nicht mehr als Vater zu betrachten sei.⁷³ Aber im Gewissen gilt nur die Wahrheit, so dass genau diese Art von Rechtsfiktionen im Gewissensforum keine Anwendung finden. Naturgemäß soll ein Sohn seinen Vater vielmehr schützen als ihn zu töten. Wenn er seinen Vater verleugnet, muss ein Sohn für ein *monstrum naturae* gehalten werden.⁷⁴

2.3.7 Um einen Landesverräter weint man nicht

Diesen Erwägungen zum Trotz, führt Van der Meulen nun doch Argumente an, die einer Verurteilung dieser spezifischen Form des Vaternordes widersprechen. Auch wenn diese Argumente beim modernen Leser Anstoß erregen mögen, nimmt Van der Meulen sie letztendlich teilweise an. Das erste Argument entnimmt Van der Meulen dem Digestentitel *De religiosis et sumptibus funerum*. In D. 11,7,35 heißt es, dass man um denjenigen, der sein Vaterland zu vernichten und seine Eltern und Kinder zu ermorden beabsichtigt, nicht trauern dürfe.⁷⁵ Im Gegenteil müsse in solchen Fällen der Sohn, der seinen Vater tötet, oder der Vater, der seinen Sohn tötet, mit einer Belohnung ausgezeichnet werden. Ein zweites bedeutendes Argument ist dem spanischen Juristen Vázquez entnommen. Tatsächlich hatte Vázquez in seinen *Controversiae illustres* unter Berufung auf Panormitan als allgemeine Regel dargestellt, dass ein Geächteter, der straflos getötet werden durfte, auch von seinem Sohn oder seinem

⁷² Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 2, quaest. 10, S. 41: ‘Et quid magis a natura alienum et abhorrens est, quam originis et conditionis suae oblivisci, auctori vitae suae bellum indicere, beneficiumque in necem benefactoris convertere.’

⁷³ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 2, quaest. 10, S. 41: ‘Fingant jura patrem ad patriam hostiliter delendam venientem patris personam deposuisse, adeoque paterna pietate se indignum reddidisse, et ut hostem non ut patrem a filio considerandum esse, revera tamen in conscientia, quae veritatem non fictionem amat, pater est et manet, illumque defendendum non oppugnandum esse natura docet.’

⁷⁴ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 2, quaest. 10, S. 42.

⁷⁵ D. 11,7,35 in *Corpus iuris civilis* (ed. Gothofredi), Lugduni 1604, tom. 1, col. 1229: ‘Minime maiores lugendum putaverunt eum, qui ad patraim delendam et parentes et liberos interficiendos venerit. Quem si filius patrem aut pater filium occidisset: sine scelere, etiam praemio adficiendum omnes constituerunt.’

Vater getötet werden könnte (*bannitus qui impune poterat interfici, poterit etiam occidi a filio suo vel a patre suo*).⁷⁶ Nach Auffassung Van der Meulens sind diese beiden Argumente unter einigen Bedingungen durchaus einleuchtend.⁷⁷

2.3.8 Im Namen des Vaterlands

Die entscheidende Bedingung dafür, dass der Sohn nicht als *monstrum naturae* gilt, wenn er seinen vogelfreien Vater tötet, ist, dass sein Vater nicht nur gegen seinen Sohn kämpft, sondern auch als Feind des Vaterlands (*hostis*) sein Land bestürmt, und gegebenenfalls sogar die wahre christliche Religion bekämpft.⁷⁸ Dann genießt nämlich der Vater nicht mehr die Vorrechte des Naturrechts, weil sein Verrat gegen das Naturrecht, demgemäß er sein Vaterland verteidigen muss, verstößt.⁷⁹ Ähnlich gebietet das Naturrecht dem Sohn, dass er seinem Vaterland und nicht seinem Vater dient (*patriae non patri consulere tenetur*), damit er nicht für einen Verräter gehalten wird. Letztendlich ist ja das Vaterland der gemeinsame Vater aller (*communis omnium parens*). Mit anderen Worten, dem Vater muss man in allen rechtmäßigen und sittlich guten Fällen zu Willen sein, außer seine Forderungen sind mit Gott, Natur und Vaterland unvereinbar.⁸⁰ Im Extremfall, in dem die Interessen des Vaters mit denen des Vaterlands in tödlichen Konflikt treten, ist das Gemeinwohl vorrangig. So hatte es auch Cicero schon gesehen.⁸¹ Wenn ich nicht gleichzeitig Vater und Vaterland vor Unheil bewahren kann, muss ich den Vater im Interesse des Vaterlands opfern (*patriae cum nece patris subvenire teneor*).⁸² Van der Meulen zitiert Ulpian, demzufolge wir Menschen nicht nur unseren Eltern, sondern vor allem dem Gemeinwesen zugunsten geboren sind.

⁷⁶ Vázquez, *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*, lib. 1, cap. 48, num. 13, S. 138v: 'Quinimmo bannitus, qui impune poterat interfici, poterit etiam occidi a filio suo, vel a patre suo. Ita egregie tradunt Panor. post Goffredum in c. pervenit de immuni. eccles. Petrus Gerardus singulari, 2, Bartl. in l. minime per tex., ibi ff. de religio. las. in l. 1, § huius studii, ff. de iust. et iure, col. ult. idem Petrus Gerardus, sing. 82, n. 6.'

⁷⁷ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 2, quaest. 10, S. 41: '(...) alicui non mirum videri debet, si illam legem, illamque sententiam illimitatam in foro conscientiae rejiciendam esse putaremus. Dicimus *illimitatam*, cum limitata etiam conscientiae placitura sit.'

⁷⁸ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 2, quaest. 10, S. 41: 'Limite igitur eam, ut scilicet filius absque peccato patrem occidere possit, non tantum si veniat contra se, sed et si ut hostis ad patriam delendam veniat, cui quidam doctores addunt, si veram Christianam religionem oppugnet.'

⁷⁹ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 2, quaest. 10, S. 41-42: 'Hoc enim in casu agit contra jus naturale, quo patriam defendere non vero prodere tenetur, qui autem | contra jus naturale agit, ipsius juris beneficio indignus censetur.'

⁸⁰ Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 2, quaest. 10, S. 42: 'Filius itaque hoc casu *naturae monstrum* dici non potest, quod patrem abdicat, patriae enim non patri consulere tenetur, ne proditor sit: *patriae* inquam, et ita communi omnium parenti, quod jus naturae dictat. Adeo ut doctores concludant, patri in omnibus legitimis et honestis semper obsequendum esse, cum hac scil. limitatione, *si Deo, naturae et patriae ejus postulata non repugnent*.'

⁸¹ Cicero, *De officiis*, 3,23,90: '(...) ad extremum si ad perniciem patriae res spectabit: patriae salutem anteponet saluti patris.'

⁸² Van der Meulen, *Forum conscientiae*, part. 2, quaest. 10, S. 43: 'Pari modo in casu nostro, possum mea ope et industria, patrem scilicet occidendo, rempublicam ab exitio salvam reddere, versamur enim in terminis,

3 Fazit

3.1 Die „DNA“ der westlichen Rechtskultur

Welche Schlussfolgerungen können nun aus dieser exemplarischen Begegnung mit dem *Tractatus theologico-juridicus* von Johannes Van der Meulen gezogen werden? Ganz oberflächlich könnte man feststellen, wie sich die Zeiten geändert haben. Einem Richter würde man heute nicht zumuten, das geltende Recht aus dem Blickwinkel des Gewissensrechts zu beurteilen – wenn es denn überhaupt noch die Vorstellung von „Gewissensrecht“ geben würde. Umgekehrt ist kaum vorstellbar, dass sich ein zeitgenössischer Theologe so tiefgehend mit zivilen Gesetzen auseinandersetzen würde. Moral und Recht sind in der modernen Gesellschaft endgültig funktional ausdifferenziert worden, auch wenn sie füreinander Umwelt bleiben (Luhmann). Das mag banal klingen, Historiker wie Paolo Prodi sehen darin das Ende eines Merkmals, das die westliche Kultur über Jahrhunderte hinweg geprägt hat, nämlich des Spannungsverhältnisses zwischen dem „himmlischen Recht“ (*ius poli*) und dem „weltlichen Recht“ (*ius fori*), mit ihren je eigenen Gerichtsorten, Gewissensforum (*forum internum*) bzw. äußerem Forum (*forum externum*), und ihren je eigenen Kategorien des Unerlaubten, der Sünde (*peccatum*) bzw. des Verbrechens (*crimen*).⁸³ Auch wenn sich der institutionelle Rahmen dieses Spannungsverhältnisses im Lauf der Reformation änderte, insbesondere durch Abschaffung des Beichtsakraments, prägten diese Begriffe weiterhin das Verständnis von „Recht“ und „Moral“, mindestens bis in das späte 17. Jahrhundert hinein, wie das Beispiel Van der Meulens belegt.

3.2 Ein reformiertes Gewissensrecht

Das zentrale Anliegen des reformierten Richters Johannes Van der Meulen war es, ganz ähnlich wie bei den katholischen Spätscholastikern, die weltlichen Gesetze gegen das Licht des christlichen Normverständnisses zu halten. Dabei wollte er sich weniger als die Spätscholastiker von der mittelalterlichen juristischen und theologischen Tradition beeinflussen lassen, um ein neues Gewissensrecht auf Grundlage der Bibel zu entwerfen. Vor allem die grundlegenden moralischen und dogmatischen Auffassungen der Katholiken wertete er ab. Man müsse viel stärker die Verdorbenheit der menschlichen Natur betonen und dem menschlichen Willen misstrauen. Man brauche eine christliche Religion, die reiner als rein sei. Im Nachhinein erscheint allerdings die Frage legitim, ob diese Kampfansage viel mehr als nur

ubi quis et rempublicam et patrem simul salvare non potest, eo igitur in casu in publicam utilitatem, patriae cum nece patris subvenire teneor, idque ex universali bono, non tantum enim parenti, cujus esse dicimur, sed et reipublicae nascimur, ut cum Ulpiano loquar in l. 1, par. 15, ff. de ventr[o] in possess[ionem] mittend[o] [D. 37,9,1,15].

⁸³ Prodi, *Eine Geschichte der Gerechtigkeit*, passim. Vgl. zuletzt ders., *Peccato e reato nella teologia morale post-tridentina*, in: Pontificia Università Lateranense, Accademia Alfonsiana, Inaugurazione Anno Accademico 2011-2012, Roma 2011, S. 21-48, online verfügbar unter: http://www.alfonsiana.edu/Italian/docs/inaugurazione_2011_2012.pdf.

rhetorisch gemeint war. Natürlich fehlt bei Van der Meulen das Institut „Beichte“ hinter seinen Ausführungen zum Gewissensforum. Dementsprechend hatte er sich auch bemüht, dem Missverständnis vorzubeugen, er wolle seinem Leser das unter den Papstanhängern geläufige, sakramentale Verständnis des Gewissens (*Pontificiorum forum sacramentale seu poenitentiale*) aufdrängen. Auch formal versuchte er sich mit seinem Traktat von den Werken seiner Vorgänger abzuheben, indem er ihn nicht nach den Tugenden oder nach dem Dekalog, sondern nach den drei Prinzipien Ulpians strukturierte (*honeste vivere, neminem laedere, ius suum cuique tribuere*).

3.3 „The ongoing conversation“⁸⁴

Im Ergebnis allerdings ist der Traktat Van der Meulens kaum von einer neuen Vision geprägt. Seine Argumentation stützt sich ganz ausdrücklich auf sowohl Zivilisten als auch Kanonisten des *ius commune*. Mit dem römischen Recht und seiner Rezeption im *usus modernus* war er tief vertraut. Häufiger als Bibelstellen werden die katholischen Theologen und Juristen aus Spanien zitiert. Und nicht nur die von ihm erörterten Themen, sondern auch seine Falllösungen weichen kaum von den Erörterungen der spanischen Spätscholastiker ab. Anscheinend lieferte die Bibel doch nicht genügend konkrete Hinweise, wie komplexe Gewissensfälle zu lösen sind. Zwar widmete Van der Meulen seinen Traktat dem holländischen Fürsten Wilhelm III., dem Retter der Reformation, während gut einhundertfünfzig Jahre zuvor Domingo de Soto seinen Traktat über Recht und Gerechtigkeit dem Sohn des katholischen Fürsten Phillips II., als Hüter des Katholizismus, gewidmet hatte. Letztendlich war die Spannung, aus der diese beiden Traktate herrührten, ein und dieselbe: die in der westlichen Kultur dauerhaft angestrebte Versöhnung zwischen *regnum Dei* und *saeculum mundi*. Genauso wie Althusius, muss sich Van der Meulen gedacht haben, dass ein andauernder Dialog über die konfessionellen Grenzen hinweg zur Versöhnung dieser beiden Pole, zur Einigung von *pax mundi* und *pax Dei*, gewährleistet bleiben muss.

⁸⁴ Dieser Begriff ist einem Beitrag von Ch. Donahue Jr entliehen: *The Role of the Humanists and the Second Scholastic in the Development of European Marriage Law from the Sixteenth to the Nineteenth Centuries*, in W. Decock – J. Ballor – M. Germann – L. Waelkens (Hsg.), *Law and Religion: The Legal Teachings of the Protestant and Catholic Reformations*, Göttingen 2014 (in Vorbereitung).